臺灣高等法院臺中分院民事判決

107年度重上更四字第29號

上　訴　人　善得事業股份有限公司
法定代理人　吳佳璋
訴訟代理人　楊傳珍律師
被　上訴人　高紹盛
訴訟代理人　曾信嘉律師
複　代理人　張崢翾律師

上列當事人間請求返還借款等事件，上訴人對於民國100年3月23日臺灣臺中地方法院99年度重訴字第379號第一審判決提起上訴，經最高法院第四次發回更審，本院於民國108年1月22日言詞辯論終結，判決如下：

主　文

原判決廢棄。

被上訴人應給付上訴人新臺幣捌佰柒拾柒萬伍仟元，及自民國九十九年九月十一日起至清償日止，按年息百分之五計算之利息。

第一、二審及發回前第三審訴訟費用均由被上訴人負擔。

本判決所命給付，於上訴人以新臺幣貳佰玖拾貳萬伍仟元供擔保後得假執行，但被上訴人如以新臺幣捌佰柒拾柒萬伍仟元預供擔保，得免為假執行。

事實及理由

壹、上訴人主張：

一、伊於民國95年初，與被上訴人口頭協議合買坐落臺中市○○區○○段○○○○○○○○○號土地（下稱系爭土地），以合作開發私人殯儀館事業，推由被上訴人出面與地主洽議土地買賣與移轉登記事宜，約定購地款以新臺幣（下同）3,800萬元計，雙方各先出資1千萬元，其餘1,800萬元由伊先行墊付，購得土地應登記為兩造共有，待將來土地開發完成後，再從所得盈餘中扣抵墊款，後之盈虧則兩造各半（下稱系爭合作購地開發協議）等情。伊已依約匯款共8,775,000元（下稱系爭款項）予被上訴人，詎被上訴人卻違約於96年1月8日逕將系爭156地號土地移轉登記至其1人名下，嗣復於96年8月17

日移轉登記予訴外人東海生命事業股份有限公司（下稱東海公司）所有，伊為此訴請被上訴人履約遭判決敗訴確定（原法院98年度重訴字第78號，下稱前案，宣判日為98年10月5日），被上訴人顯已給付不能。爰以起訴狀繕本之送達為解除系爭協議之意思表示，請求被上訴人回復原狀即返還系爭款項；倘認兩造間無系爭協議關係，則被上訴人受領系爭款項屬不當得利。故依民法第259條第1款、第179條等規定，請求被上訴人給付8,775,000元及自起訴狀繕本送達翌日即99年9月11日起算之遲延利息暨供擔保准為假執行宣告。

二、否認兩造間另有被上訴人所稱臺中榮民總醫院（下稱中榮）太平間業務合作經營與會議記錄（以下分別稱系爭協議書、會議記錄）等協議，伊亦未向被上訴人借貸350萬元未還，證人即被上訴人之會計胡０鳳證述並未見兩造間簽訂系爭協議書、會議紀錄，受僱期間亦未曾製作淨利表或匯出10%淨利予伊，且係許０賢個人向被上訴人借貸等情。被上訴人上訴後始提出系爭協議書，並請求抵銷1,054萬元，應生失權效；其就所稱兩造另有上開2協議關係、伊向其借款400萬元、尚欠350萬元未還等節，其中會議記錄未經簽署，支出證明單所載與其所提出借款之匯款收據無法對應，且除95年2月15日係由被上訴人匯款1百萬元予伊外，其餘收款人均非伊，至其所匯該筆1百萬元，乃因伊於前1日即95年2月14日先行匯款1百萬元借予被上訴人後，其即於次日還款，非伊向其借貸，故其主張抵銷無據，況公司不得為合夥事業之合夥人，該合夥合作協議依法無效，被上訴人亦無何分配營收所得90%之純益可言。而兩造系爭合作購地開發協議並無違約金之約定，被上訴人也無將伊已付之價金充作違約金沒收之依據。兩造間既無前述會議記錄之協議存在，則會議紀錄所載辦理律師公證一事，自非以之為系爭土地移轉義務之條件或清償期。

三、退步言，縱認被上訴人所稱兩造於93年9月間即有業務合作，恐因新股東加入致合作關係生變，始簽定系爭協議書以確

認兩造合作關係，其後又以系爭會議記錄取代系爭協議書之約定一節為真，則系爭會議記錄第2點之新約定已變更系爭協議書之原約定，原約定即因雙方合意債之更改而消滅，其後縱系爭會議記錄未履行，亦無從再依系爭協議書請求分配，且系爭協議書所確認之合作關係，至多僅及於95年9月期滿即歸消滅，被上訴人亦不得向伊請求95年10月至97年10月間之營收90%純益分配；又伊所匯款項，足供系爭土地買賣契約第5條所定第7張支票之兌現，出賣人依約即應開始辦理系爭156地號土地之移轉登記，然因被上訴人未依約辦理，伊始未繼續出資，則以系爭會議記錄第1、2點所載合作購地開發與中榮太平間業務合作之協議係相互依存而言，被上訴人既違約將系爭土地移轉他人，即無從再依會議記錄向伊請求營利分配。況被上訴人自認於95年5月即未繼續合作故未請求95年5至10月營業額分配，故上訴人自無於95年5月違約之事實等語。

貳、被上訴人抗辯：

一、伊於93年間借用上訴人名義承包中榮太平間殯葬業務，約定由伊經營，並分配每年營業純益10%予上訴人，其餘90%則歸伊取得；雙方復於95年1月6日簽定系爭協議書，約定95年10月1日至97年10月1日間中榮太平間業務若以上訴人名義得標，則繼續延用原協議，如上訴人違約，則中榮太平間業務純益90%仍歸伊所有等節，此乃就中榮太平間經營及利益分配之方式達成合意，並無成立合夥之意。95年初，上訴人有意擴展臺中殯葬事業，與伊口頭協議合作購買系爭土地以開發私人殯儀館事業，約定買賣價金以3,800萬元計，先各出1千萬元，餘款由上訴人墊付，待開發完成營運後，再由盈餘扣抵，其後盈虧各半。嗣因上訴人前負責人劉０憲等人欲入股上訴人公司，兩造於95年4月12日（會議記錄日期誤載為13日）將上開2協議進行調整，製成系爭會議記錄，除第1點載及前述合作購地之分擔出資外，第2點並約定伊釋放中榮太平間50％之營收予上訴人，上訴人則分配其5%股份予伊，第

3點則合意前2點應由律師公證，伊始移轉系爭土地予上訴人，會議記錄所載，係包裹式合作案，不能切割。系爭協議書與會議記錄業經許Ｏ賢證述屬實，而劉Ｏ憲就系爭會議記錄之內容，除否認有論及第2、3點之內容外，其餘部分則坦認第1點有達成共識、第4點曾閒聊過、其餘部分均有其實。然上訴人於匯購地款8,775,000元後，即未再依約出資，也未按前述2、3點履行，而系爭會議記錄第3點乃以經律師公證做為伊移轉系土地之條件或清償期限，在條件成就前，伊不負移轉土地之義務，是伊依民法第264條規定主張同時履行抗辯，而原法院業以前案認定伊無將系爭156地號土地所有權移轉予上訴人之義務，已生爭點效，上訴人不得再為相反之爭執。且伊係因上訴人未依約繼續給付合作購地出資額，恐遭系爭土地地主沒收已給付之價金充為懲罰性違約金，始將系爭土地轉售移轉予訴外人籌款，縱有給付不能情形，亦可歸責於上訴人，其亦無解除權。

二、倘認上訴人得解除系爭會議記錄第1點之合作購地協議，請求返還系爭款項，因該點乃第2點存在之前提，故第2點當亦隨之無效，且因第2點僅論及營收分配比例之調整，非兩造原合作經營中榮太平間業務之重大事項，兩造復無消滅系爭協議書之真意，非屬債之更改，自應回復系爭協議書之約定，即中榮太平間業務淨利之90%仍應歸伊取得，並由伊繼續經營中榮太平間業務。若認合作購地協議與營收分配分屬不同協議，並有債之更改情事，則依系爭會議記錄第2點，中榮太平間業務營收之50%仍歸伊所有，且上訴人須移轉5%之股權予伊。是以上訴人所自認其95年10月1日起至97年10月1日間所處理之遺體611具、營業收入共3,050萬元及營業淨利31%計，每具遺體處理淨利為15,474.6元，再以臺中殯葬管理所函覆757具遺體計算，則90%及50%之榮業淨利各為10,542,867元與5,857,148元（元以下4捨5入），加計上訴人依約應移轉5%之股權，與已經許Ｏ賢及證人胡Ｏ鳳證述及伊所提支出證明單、匯款申請書等，可認上訴人確曾於94年4月間

向伊借貸400萬元，並尚有350萬元未清償，合計已逾系爭款項，伊就此主張抵銷，抵銷後，上訴人之請求已無理由等詞。

參、原審為上訴人敗訴之判決，上訴人不服提起上訴，經本院更三審廢棄第一審所為上訴人敗訴之判決，改判如其聲明。被上訴人對該判決不服，再提起上訴，經最高法院判決除假執行部分外廢棄發回本院。上訴人上訴聲明為：（一）原判決廢棄。（二）被上訴人應給付上訴人8,775,000元及自起訴狀繕本送達翌日即99年9月11日起算至清償日止按年息5%計算之利息。被上訴人答辯聲明：上訴駁回。

肆、得心證之理由

一、本件關於兩造於95年初，口頭約定合作購買系爭土地作為開發私人殯儀館事業之用，系爭土地應登記為兩造共有，購地款概估為3,800萬元，由雙方各出資1千萬元，餘額1,800萬元由上訴人先行墊付，並於開發完成後自經營所得扣抵償還，其後之盈虧，按兩造各半之比例分配，兩造就此並無違約即得沒收出資之特約。被上訴人於95年2月14日與系爭土地地主訂立買賣契約（彰院卷16至19頁，下稱系爭買賣契約），價金為37,527,600元，並分別於95年1月17日給付100萬、2月10日、3月10日及4月10日各給付200萬元；上訴人則於附表所示日期合計匯款8,775,000元元予被上訴人，除95年4月12日外，其餘匯款時間均在系爭買賣契約所定給付期款日前、後數日，金額均為應給付各期買賣款項1/2，依系爭土地買賣契約第5條　所載，賣方於買方所給付之第7張支票兌現後，即應先行辦理系爭156地號土地之移轉登記，而該第7張支票於上訴人於95年9月10日匯款後已兌現，惟被上訴人並未即與賣方辦理系爭156地號土地之移轉登記，上訴人自此亦未再履行後續之出資，直至前述時間，被上訴人始先將系爭156地號土地移轉登記至其1人名下，嗣再移轉予東海公司。上訴人於前案以其係委被上訴人出面洽購系爭土地，約定雙方出資、合作開發及分配比例如上，主張被上訴人違約將

系爭156地號土地移轉予東海公司，認有通謀虛偽意思表示，依侵權行為與代位之法律關係請求塗銷移轉登記，經前案以其未能證明確有委任之實，判決敗訴確定在案（上訴人於本院表示不再主張其係委任被上訴人洽購系爭土地之情，本院更四卷206頁）。系爭會議記錄第2點如為真實，則與兩造前述合作購地以開發私人殯儀館事業協議，係其一不存在，另一即隨之不存在等情，為兩造所不爭執，堪信為真實。

二、上訴人主張被上訴人違約將系爭156地號土地輾轉移轉予東海公司，已給付不能，解除兩造合作購地開發協議，請求被上訴人返還已付出資及利息等語。被上訴人則以係上訴人未依約完成全部出資，又未依系爭會議記錄第2點移轉5%之股權予伊，有可歸責，且於上訴人依該記錄第3點完成律師公證程序前，伊尚不負移轉系爭土地予上訴人之義務；縱認上訴人可解約，伊主張以系爭協議書或會議記錄第2點所載中榮太平間其所得分配之營利與5%股權，及上訴人所欠350萬元借款抵銷等詞。是本件兩造之所爭，在於上訴人以被上訴人將系爭156地號土地移轉予東海公司，依給付不能解除兩造前述合作購地開發協議，請求被上訴人返還已付出資，是否有憑？又系爭協議書及會議記錄是否真正？被上訴人主張以系爭協議書或會議記錄所載其營利分配比例、5%股權及上訴人所欠之350萬元借款抵銷其出資，是否有據？

三、按當事人主張有利於己之事實，就其事實有舉證之責任，民事訴訟法第277條前段定有明文。是有關金錢借貸契約，若他造否認其情，應由主張之人就借貸之合意及貸與款項之交付，負舉證之責。且按解釋意思表示，應探求當事人之真意，不得拘泥於所用之辭句，民法第98條定有明文；而解釋當事人所立書據當時之真意，應通觀全文，以過去或當時之事實及其他一切證據資料為其判斷之標準，於文義上及理論上詳為推求，不能拘泥字面或截取書據中一二語，任意推解；且應審視當事人為該意思表示所由來之原因事實，及當事人所欲使該意思表示發生之法律效果而為探求，並將誠信原則

涵攝在內，藉以檢視其解釋結果是否符合公平原則（最高法院18年上字第1727號、19年上字第28號、第58號、第453號判例及104年度台上字第2369號判決意旨參照）。又按學說上所謂之「爭點效」，係指法院於確定判決理由中，對訴訟標的以外當事人所主張或抗辯之重要爭點，本於兩造辯論之結果所為之判斷結果，除有顯然違背法令，或當事人提出新訴訟資料足以推翻原判斷之情形外，於同一當事人間，就與該重要爭點有關之他訴訟，不得再為相反之主張，法院亦不得作相異之判斷而言，其乃源於訴訟上之誠信原則及當事人公平之訴訟法理而來。是「爭點效」之適用，除理由之判斷具備「於同一當事人間」、「非顯然違背法令」及「當事人未提出新訴訟資料足以推翻原判斷」等條件外，必須該重要爭點，在前訴訟程序已列為足以影響判決結果之主要爭點，經兩造各為充分之舉證，一如訴訟標的極盡其攻擊、防禦之能事，並使當事人適當而完全之辯論，由法院為實質上之審理判斷，前後兩訴之標的利益大致相同者，始應由當事人就該事實之最終判斷，對與該重要爭點有關之他訴訟負結果責任，以符民事訴訟上之誠信原則（最高法院96年台上字第307號判決意旨參照）。

四、查本件兩造對其間就系爭土地有前述合作購地及開發之口頭協議，上訴人並已於附表所示時間，在95年9月10日前合計先後匯款共8,775,000元予被上訴人，以供支付系爭土地之買賣價金，已達使系爭買賣契約第5條　所載第7張付款支票兌現之數額，依約得請求賣方先行辦理系爭156地號土地之移轉登記，然被上訴人直至95年12月25日始請出賣人先行將系爭156地號土地移轉至其1人名下（96年1月8日完成登記），其再於96年6月23日辦理將系爭156地號土地移轉予東海公司（96年8月17日完成登記，以上見本院更　卷181至191頁）等情，既無爭執，則被上訴人移轉系爭土地予第3人之舉，當已致雙方系爭合作購地開發協議無從繼續進行，是上訴人主張被上訴人無法履行系爭合作購地開發協議，有給付不

能之情形，即難謂無據。

五、被上訴人就此雖以係上訴人違約未繼續出資及移轉5%股權在先，且上訴人並未依系爭會議記錄第3點所示完成「律師公證」程序，伊亦無移轉系爭土地予上訴人之義務云云。惟查被上訴人於另案臺灣臺中地方檢察署100年度偵續一字第9號偵查中，於100年4月7日經檢察官詢其系爭土地何時須登記成共有？系爭買賣契約提及先行辦理系爭156地號土地之第7張支票兌現所指為何？等題時，業已自承：「確實當初講的是地主過戶時就必需登記為共有」、「就是指95年9月10日這張支票」（本院重上卷205頁），經本院前審調取該偵查卷提示予被上訴人表示意見後，被上訴人就此亦表示「沒有意見」（同上卷184頁反面），與前案確定判決所認被上訴人係為自己事務購買系爭土地，故得自由處分，顯有出入，堪認係前案確定判決後所提足以推翻前案判斷之新訴訟資料，依前揭爭點效適用之說明，本院就上情已不受前案判決理由認定之拘束，亦足見兩造立約時僅約定於出賣人辦理移轉登記時，即應將系爭土地登記為雙方共有，並未言及須先經「律師公證」一節，而證人許0賢先後2次在本件程序中作證（原審卷163頁反面至167、本院更　卷44頁反面至49頁），也未提及須「律師公證」始移轉系爭土地予上訴人，甚明確證稱：「當初我認為是以被告（即被上訴人，下同）名義購買私人殯葬業務的殯儀館的土地後劉0憲按約定把錢匯給被告時，被告就有義務把前揭土地過戶給善得公司」（原審卷167頁）；況依公證法第37條第1、2項所定，具律師資格之民間公證人原則上不得執行律師業務，是姑不論被上訴人所提系爭會議記錄是否真實，其第3點所載須經「律師公證」一節，也與前揭規定有悖，用詞容有誤會，縱認有此約定，亦當解為係須經「律師見證」以昭慎重之意，難以之論為移轉條件或期限，此觀被上訴人於本院前審中具狀係陳稱「伺因善得公司拒絕律師見證合作會議紀錄．．．」（本院重上卷120頁），及其在另案偵查中就為何未將系爭土地登記

成共有時所陳「因為對方並沒有請律師做見證內部協議內容」、「對方沒有請律師見證」（同上卷205、206頁）等詞，即同此解，難謂其真意非為律師見證。是在附表所示上訴人於95年9月10日匯款使當期買賣價金支票兌現後，被上訴人即得依系爭買賣契約第5條　所示，請出賣人先行辦理將系爭156地號土地之移轉登記予兩造共有，則上訴人既已依約給付至95年9月10日前應分擔之出資，依兩造系爭合作購地開發協議，被上訴人即應與出賣人辦理移轉系爭156地號土地予兩造共有之事宜，惟當時並未見被上訴人有即時與出賣人洽辦系爭156地號土地移轉之情，是上訴人主張其為此始未再履行出資，即非無由。

六、雖被上訴人對此復稱伊係因上訴人未繼續出資，惟恐未能給付後續價金遭出賣人依約沒收已付款項，始將系爭土地轉售他人籌款云云。然查上訴人既已出資至95年9月10日使當期買賣價金支票足以兌現，依被上訴人前開所述，其即應開始辦理系爭156地號土地之移轉，是縱上訴人就下一期款有未出資之情形，亦難認係違約在先，且被上訴人得不經催告即逕行將系爭156地號土地登記在其名下；又查被上訴人於前案陳稱其因上訴人未繼續出資致付款支票跳票，於95年12月6日徵得出賣人同意寬限其未付價款得展延至96年5月10日後分期給付（彰院卷26頁反面），且查被上訴人係於95年12月25日即辦理將系爭156地號土地移轉登記至其個人名下，可見出賣人實際上並未因被上訴人未繼續付款即沒收已付價金，也未拒絕履行前述先行移轉系爭156地號土地之義務，於此寬限期間，被上訴人非無與上訴人協調之餘地，難認已窘迫至非立即將系爭土地轉售他人不可之地步，然並未見其與上訴人有何溝通及催告履行，卻逕將系爭156地號土地先行移轉其1人名下，再移轉予他人，以致縱上訴人完成全部出資及其所稱須經律師公證程序（本院認應解為律師見證如上），亦無以回復，況依兩造所立系爭合作購地開發協議之約定，上訴人固負出資之責，然被上訴人亦相對承擔使兩造共

同取得系爭土地之義務，堪認具雙務契約之性質，則上訴人其後未繼續出資，乃應否負給付遲延責任之問題，在被上訴人依民法第254條定期催告履行無效並解除兩造系爭合作購地開發協議前，該協議之效力即仍存在，被上訴人所負前述將系爭土地移轉登記與上訴人共有之義務，並未因之即歸消滅，是被上訴人於所負移轉系爭土地予兩造共有之義務尚存續之情況下，即先將系爭156地號土地移轉至其個人名下，嗣復移轉予他人，以致造成雙方已無從完成系爭合作購地開發協議之結果而給付不能，即難謂無責。此外，亦未見兩造間有何上訴人須先移轉中榮太平間業務營收及上訴人之股權予被上訴人後，被上訴人始負移轉系爭土地所有權之約定或二者間有何對價關係，是被上訴人以上訴人尚未給付營收及股權為由，行使同時履行抗辯，認不負移轉系爭156地號土地之義務，同無可採。故上訴人據此解除兩造系爭合作購地開發協議，請求被上訴人返還8,775,000元之出資，堪認有據。

七、就上訴人請求被上訴人返還8,775,000元之出資一情，被上訴人再抗辯以系爭會議記錄（原審卷38頁）或協議書（本院更　卷67頁）所載其得分配中榮太平間95年10月至97年10月營業利潤50%或90%與上訴人應移轉5%之股權，及上訴人依支出證明單（原審卷39頁）尚欠其350萬元之借款作為抵銷等詞。上訴人對此爭執系爭會議記錄、協議書及支出證明單之真正，並否認兩造間有其所述營利分配協議及借款未還等節，依前揭說明，應由被上訴人負舉證之責。被上訴人就此主要固提出系爭會議記錄、協議書、支出證明單、匯款申請書（原審卷40至52頁）及證人許Ｏ賢證述兩造確有達成上開協議及上訴人有向被上訴人借款350萬元未還之證詞（原審卷165至167頁、本院更　卷44至48頁）為證，並認系爭會議記錄已在前案提出，經前案援以判決，上訴人不得為相反之主張；且系爭會議記錄部分並以會議記錄所載與會人證人劉Ｏ憲、吳Ｏ祥、邱Ｏ良、何Ｏ圻（原名何Ｏ焜）、蘇Ｏ等人曾

分別證述系爭會議記錄第1點口頭上有達共議並曾論及4至10點（本院重上號卷136頁）、曾討論過第1、5、7點且8至10點確有其實（同卷145頁）、知道第7點（同卷145頁反面）、只談到第5點（同卷151頁）、僅對第5點有印象（同卷151頁反面），及證人胡０鳳證述就本係被上訴人自己經營，後卻用上訴人名義，對其間有無會算營業額有疑問（本院更四卷161頁反面）等情為佐。惟查：

（一）系爭會議紀錄固經被上訴人在前案中提出，上訴人於前案雖未就系爭會議紀錄之形式真正予以否認，然關於系爭會議紀錄是否真實一節，並未列為前案之爭點，且未見兩造在前案就此有何攻擊、防禦及舉證，是前案判決雖於判決書第3頁加以認定（倒數第2行開始），但實際上兩造並未以之為主要爭點互為實質之攻、防、辯、證，揆諸前開說明，難認此部分已生爭點效之效力，本院非不得為實質之認定。

（二）又證人許０賢原係上訴人之負責人，後與證人劉０憲等人因上訴人公司經營權之爭，一度於95年9月28日離開臺灣（原審卷211頁），並於原審作證時，明確表示已遭上訴人提告13項罪名等情（同卷165頁反面），且被上訴人所辯系爭協議書、會議記錄與借款等節，在在與許０賢相關，難脫未有利害關係，自不能僅憑許０賢之所證，即逕推認其實，仍有調查其他證據之必要。

八、關於被上訴人所主張以系爭會議記錄、協議書所載營利分配等抵銷部分：

（一）查被上訴人所提系爭會議記錄，上載係「內部會議」，形式上非屬兩造之協議；又觀其「出席人員簽名」欄，與會人員含一再表示確有該會之許０賢，未有1人簽名，顯不能以許０賢所證係因劉０憲、吳０祥2人表示說了算、不需簽等詞（本院更　卷47頁反面），可解為何其本人及其他公司與會員工亦無須簽名之理由；再核所載開會日期95年4月13日為星期五，亦與所當日實為星期四不符，且許

○賢證稱劉○憲之第1筆100萬元係於會議後所匯（原審卷164頁反面），與上訴人所提交易明細顯示第1筆100萬元實於95年4月12日所匯（彰院卷22頁）亦未合，雖被上訴人於本院改口會議日期應為95年4月12日，然查系爭會議記錄所載開會時間為當日16時至18時，則在會議結束後，已逾銀行等金融業一般之營業時間，上訴人如何能完成匯款？復依上訴人公司營利事業登記證、變更登記表（本院更四卷84至88頁）所示，會議當時上訴人之負責人尚為許○賢，劉○憲係於96年4月11日始繼任，然會議記錄卻將其載為「許執行長」，反將劉○憲奉為「劉董事事長」，而被上訴人與吳○祥則分別被尊稱為「高總」、「吳執行董事」，與事實顯有出入；另有關開會地點、被上訴人有無與會，許○賢證稱係在上訴人臺北市○○路○段○○○巷○號所在之會議室（原審卷165頁反面）、伊請上訴人到辦公室會議室開會（本院更　卷44頁反面），並在另案偵查中多次表示上訴人有與會（本院重上卷207至209頁），被上訴人卻表示係在同巷8號開會，且伊係在隔壁之6號等待結果，會議記錄係上訴人以傳真方面傳至中榮給伊云云（本院更　卷75頁），2人就此所述也有未契，且被上訴人既係在會場隔壁等待，而據其配偶葉○英在另案偵查中所證會議記錄乃當場所作（本院重上卷210頁），何有傳真會議記錄之必要？甚者，所載與會人員除許○賢1人表示確有當日會議，且會議記錄係由原名何○焜之何○圻、李○芬繕打（原審卷163頁反面）或由李○芬製作（本院更　卷45頁）或先由何○圻、李○芬手寫再繕打後由何○圻交予伊（同卷47頁）等詞外，其餘與會之劉○憲、吳○祥、邱○良、何○圻、蘇○、李○芬等人在原審及本院前審就有無該會議及會議記錄，或表示無該會議也沒有該會議記錄、未參加該會議、不知道有無該會議、不可能參加該會議也沒見過該會議記錄、未見過該會議記錄等語（本院重上卷136頁、145頁正、反面、151頁正、反面、更　卷

75頁），就連許Ｏ賢之配偶即時任上訴人公司會計經理（本院更　卷48頁）之張Ｏ玲經詢其「95年4月13日會議你是否在場？」、「有無參與過系爭會議？」時，2度證稱「不記得」，經再詢其「你說每天在善得公司上班，也參與過很多會議，你印象中開會時是否會有錄音、紀錄？」時，證述「沒有錄音，正式的會議有紀錄，應該要簽名」（本院更　卷48頁反面、49頁），與系爭會議記錄未見任何與會人員簽名之情，顯不相符；而何Ｏ圻亦證稱：當時其乃上訴人公司之企劃處長，除第5項與伊有關外，其餘各項非伊所能接觸及討論等語，自無製作會議記錄之可能；李Ｏ芬則更明確否認會議記錄為其所製作（見其2人上開筆錄），與許Ｏ賢1人所證，出入甚大，似見上開人士均未出席及作成決議，則系爭會議記錄形式上之真實性，容非無疑。至劉Ｏ憲、吳Ｏ祥、何Ｏ圻、蘇Ｏ如前述所證曾就會議記錄2、3以外各點有部分達成共議、確有其實、或有討論過、或有印象，然其等業已否認與會、或稱不知有無該會議或不可能參加該會議如上，且其等所證有達成共識、確有其實或曾討論過、有印象之點，亦未及兩造爭執最大之第2、3點，況兩造就其間確有達成系爭土地合作購地開發之口頭協議一事本無爭執，自不能以系爭會議記錄之內容夾雜有部分兩造所無爭執之上開事實，或其他與被上訴人所主張營收分配、股權轉讓等無關之事項，即可推認系爭會議記錄之內容全部確有其實，無從憑此即認許Ｏ賢上開證言可佐。

（二）縱認系爭會議記錄因有證人許Ｏ賢、張Ｏ玲前開證言為佐下，尚難逕認不可信，然因系爭會議記錄之第1、2點之效力相關，乃兩造自原審起所無爭執，被上訴人在本院前審亦多次表示整個會議記錄協議是包裹式內容，不可分割（本院重上卷162頁反面、181頁），而許Ｏ賢就此亦明確證稱：「系爭土地、榮總太平間業務，是有關係的，如果私人殯葬業務因為要蓋殯儀館的系爭土地確定無法取得時，

那麼，有關於95年8月份善得公司標到台中榮總太平間殯葬業務時，被告（即被上訴人）要將該殯葬業務的50%的淨利給善得公司、善得公司相對要提撥5%的股權給被告這個協議也無效」（原審卷167頁），則本件兩造合作購地開發協議部分既經上訴人以被上訴人已將系爭土地移轉他人而給付不能為由，解除此部分合作協議而失其效力，已經本院認定如前，則依上開兩造所不爭執，即難謂前揭第2點所示營利分配與股權移轉之效力猶能單獨尚存。

（三）雖被上訴人對此再以如此即應回復適用系爭協議書之約定由其取得90%之營利為辯，而許0賢亦證述應「回復到原來善得公司與被告（即被上訴人）約定台中榮總太平間業務淨利的比例即善得10%，被告90%」（同上頁）云云。然上訴人一再否認系爭協議書之真正，而系爭協議書係被上訴人於本院更　審105年9月22日始當庭提出，距上訴人於99年5月10日向臺灣彰化地方法院提起本件訴訟，已逾6年有餘之久，其間，許0賢先後於99年11月19日、105年8月8日2度因本件到庭作證如上，均未見被上訴人或許0賢提出系爭協議書，程序上姑不論其是否逾時提出此重要證據，於論斷其形式是否真正時，仍未免啟人疑竇；且查證人許0賢及張0玲到庭所證，故皆表示被上訴人於93年間與時由許0賢經營之上訴人公司有合作經營中榮太平間業務，其初係約定以上訴人名義投標，但由被上訴人負責實際營運，並支付上訴人1成利潤，其餘所得歸被上訴人所有等情，但核其所證內容，皆未言及許0賢與被上訴人有簽立系爭協議書之情，而其所證內容，亦只敘及系爭協議書之第1、2點所載事項，縱認屬實，至多也僅能據此認定兩造間在此之前確曾就中榮太平間業務達成前述合作協議，尚無可以之逕推斷兩造間於劉0憲等人進入上訴人公司後仍有再繼續依原約合作之事實。

（四）又觀系爭協議書所載日期為95年元月6日，已係前約之末期，則依許0賢所述，兩造已按前述約定合作多時，為何

於前約合作即將屆至前，突簽署書面協議，其用意何在，亦非無疑；雖被上訴人就此表示有防患外力介入上訴人公司經營致使兩造合作生變之意，然查上訴人乃具參與中榮太平間業務投標資格之合格公司，是被上訴人始有以上訴人名義投標而與之合作、分享獲利之必要，故上訴人本可獨立投標，非必與被上訴人合作，但查系爭協議書第4點卻約定「乙方（即上訴人）若違反上開協議書規定，則台中榮總太平間殯葬業務純益90%仍歸甲方（即被上訴人）所有」，意即上訴人如有違該協議，即無條件同意90%純益仍歸被上訴人，不問被上訴人有無付出經營成本，且僅單方面約定如上訴人違反約定，即須由被上訴人取得90%純益，就被上訴人違約，雙方之純益應如何分配，則付之闕如，對上訴人權益保護欠週，有損上訴人之利益至為明顯，許0賢身為上訴人公司當時之法定代理人，其何以接受如此不公平之條件，亦非無可議。

（五）再證人張0玲即許0賢之妻雖證稱：「當初許0賢與被上訴人是採合作方式，都是被上訴人在經營，被上訴人再回饋百分之10給我們」、「(問：這種經營模式，在將經營權交給劉0憲前，有無談過這些事？）我們在協議書上交代的非常清楚，如果不清楚，他們不會簽任何協議書，協議書係由伊代表伊先生簽的」等語（本院更　卷48頁反面、49頁），然未見其或被上訴人提出與劉0憲所簽立之協議書為佐，尚無法證明劉0憲有同意系爭協議書之內容，張0玲前開所證已難憑空信採。被上訴人復自稱無法提出95年1月6日以前之書面協議，且之前協議均未約定合作關係到何時為止（本院更四卷167頁反面至168頁），則何以獨於95年1月6日在合作關係尚未到期前，即提前簽署系爭協議書，記戴只要雙方未另行協商，系爭協議即繼續沿用並無止期，也難認未超出情理之外。

（六）被上訴人雖復抗辯：伊掌控中榮殯葬業務係至95年9月與中榮合約到期為止，且有拿到95年5月至9月之營收分配，

而上訴人應分得之10%營收，因許0賢向其借款已超過該應給營收之10%，故所以沒有額外給他錢云云（本院更四卷186頁）。然其就此卻未能提出任何足資審認確有營利分配之相關證據資料以資採憑，所述已溢脫常情，並與其107年10月26日所提民事答辯ㄋ暨聲請調查證據狀之答辯理由四所載「兩造至95年4月，因應劉0憲、吳0祥等人入股上訴人公司，經營階層結構進行調整，一併處理土地開發及營收分配暨股權結構等事項」（同上卷105頁）一節互核互有出入；且其所提94年履行兩造系爭協議書分配營利予上訴人之支出證明單及匯款申請書（同上卷149頁），一事由載為「善得台北公司代墊款」，非關營利之分配，一則未記載名目，且係自上訴人帳戶匯款至上訴人另一帳戶，金額則分別為143,330元、123,300元，均無法逕為系爭協議書營利分配之證明，顯非得以係因許0賢向其借款已超過應分配給上訴人之營利一語可解，縱認許0賢另有向其借款，亦難認可因此免去彙算營利分配之程序，否則何以釐清營利分配之數額？又如何得知借款尚存多少？是前開協議書之真正，容屬可疑，自難逕採。

（七）第按「債之更改，乃成立新債務而消滅舊債務之契約，雙方有無消滅舊債務之意思，應依具體事實認定」（最高法院96年度台上字第1063號民事裁判）。查本件依被上訴人所辯，兩造既於簽署系爭協議書後，另達成如系爭會議記錄第2點之利潤分配協議，則縱認系爭協議書就中榮太平間營利90%、10%分配之約定屬實，於系爭會議記錄第2點約定變更原約定之分配比例後，該90%、10%利潤分配約定之效力，即當歸於消滅，此觀系爭協議書第3點所定「若由乙方（即上訴人）得標台中榮總太平間殯葬業務，均沿用此協議書直至甲、乙雙方另行協商為止」即可得而知，兩造既於系爭協議書後，已另行協商調整中榮太平間營利之分配比例，依約即已取代系爭協議書之約定，系爭協議書之約定自歸於消滅，且未見雙方另有就新分配協議無法

履行時，即應回復依舊約定履行之明確合意，尚不能單以許Ｏ賢上開主觀之認知，即推定其實。則系爭會議記錄第2點約定，縱因上訴人依法解除兩造間合作購地開發協議而併歸消滅，系爭協議書之約定亦無從因之即可推認效力復活。至證人胡Ｏ鳳所證其曾質疑兩造間有營收分配一節，因其復表示並不知兩造如何分配營利，自己是領薪水的，未敢多問等情（本院更四卷161頁），其此部分主觀之疑惑，亦無可輕採為有利於被上訴人之認定。況從卷附上訴人95年10月、11月員工薪資表、96年1、3月之支出證明單及96年1月薪資明細表（彰院卷11-15頁），被上訴人自95年10月至96年2月間，每月向上訴人領取5萬元薪資，職務名稱為總經理，迭據被上訴人在上開單據簽名確認等情，可知在上訴人於95年9月再次標得下期中榮太平間業務經營權後，兩造間關於中榮太平間業務營運之分配已有所調整，被上訴人當已轉為受上訴人公司僱用擔任總經理一職，否則不致領取上訴人公司總經理之薪資，實際上並無回復適用系爭協議書之情可言，前開協議書縱認為真，對兩造亦難認仍有拘束力。是被上訴人主張以系爭會議記錄或協議書所載中榮太平間營利50%或90%，或依該會議記錄第2點其得承受上訴人5%股權之價額以抵銷應返還上訴人之前開出資，均難認有據。

九、再關於被上訴人主張上訴人尚欠其350萬元借款以之抵銷部分：

（一）被上訴人就此固提出支出證明單、匯款申請書等件為證，並舉許Ｏ賢之證言（原審卷166頁反面）為佐。然查系爭支出證明單僅在事由欄記載「借支」，並無關於借款人及貸款人之記載；所載日期與不能取得單據原因欄所載3筆款項之日期，尚非相同；金額欄雖記載400萬元，不能取得單據原因欄所載3筆款項合計卻為520萬元；而經手人欄係由許Ｏ賢個人簽名，縱確為借款之證明，借款之人究為許Ｏ賢個人，亦或係上訴人公司，亦非無疑。且許Ｏ賢之

配偶張０玲即上訴人之會計經理於本院前審，經被上訴人詢其許０賢有無向其借400萬元？是否由伊代表用2部車抵還50萬元？分別表示「不知道」、「不記得」（本院更卷49頁），與被上訴人所陳及許０賢所證，顯未符節；而證人即受雇於被上訴人為其作帳之會計胡０鳳，就其所製系爭支出證明單證稱：「日期」、「借支」及「肆佰」係伊所寫，是被上訴人與許０賢私人間借貸的帳，與上訴人好像無關，係依被上訴人指示而製作，因其2人間有這些帳，背後原因伊不清楚，許０賢有來臺中的話，其個人會向被上訴人借款，原審卷之匯款申請書雖伊所處理，但並不知其原因，也不記得許０賢是否曾請被上訴人匯款給第三人，被上訴人應該是與許０賢私人間有金錢往來，伊不知與上訴人有何關係，到底是善得或許０賢私人的，伊不知道等語，（本院更四卷158頁反面至160頁反面），除與被上訴人於本院前審所辯不能取得單據原因欄之日期及金額乃胡０鳳事後所填入（本院更　卷117頁）之說詞未合外，另可見上開款項縱認屬借款，然係何人所借，亦屬不明，自難僅憑支票證明單等件及證人許０賢所證即認可採。

（二）又許０賢雖證稱有代上訴人向被上訴人陸續借款合計400萬元，泛稱有匯入伊個人、公司或第3人帳戶，並用於上訴人之營運云云，惟其就各筆借款之時間、金額及確切用途，並未能明確說明（原審卷166頁反面），似與一般公司借款須有憑證及進出時間金額等詳目供會計製作帳冊之常情有違，所證未約定清償時間，亦與被上訴人所辯不能取得原因欄所載時間、金額係許０賢承諾還款之日期相出入；且上開匯款日期於94年4月19日前之匯款單，內載收款人乃陳０寶、劉０珠、許０紅、許０賢（同上卷40至46頁），均非上訴人，匯款金額合計亦未達400萬元，其後日期之匯款單亦僅95年2月15日該筆100萬元匯款收款人為上訴人（同上卷48頁），雖借款人指定貸與人將借款匯入

他人之帳戶乃現今社會生活所常見，然其情究非常態，仍應由主張之人就此負進一步舉證說明之責，始得以釐清其背後之經濟目的，亦始足認確有借款交付之事實，但被上訴人對上開收款人蓋表素未相識（本院更四卷206頁反面），亦未見許0賢就此有何說明，自難憑此推認上開匯款即為被上訴人所出借予上訴人借款之交付；至該筆95年2月15日100萬元匯予上訴人之匯款，被上訴人於本院表示係額外所借，與本件400萬元借款無關（本院更四卷169頁反面），與其先前所辯，已有出入，而上訴人就此業於原審陳明：係因被上訴於前1日即同年、月14日先向伊周轉100萬元，並於次日即15日返還等情，並提出同年、月14日匯款100萬元予被上訴人之匯款申請書、帳戶出入明細表（原審卷117頁）為證，難認不能信採。是被上訴人主張上訴人有向其借款350萬元未還，並請求以之抵銷應返還上訴人之款項之詞，亦屬無稽。

十、綜上所述，本件上訴人主張被上訴人違反兩造系爭合作購地開發協議，將系爭156地號土地移轉他人，已給付不能，解除兩造間系爭合作購地開發協議，請求被上訴人返還其已付款項合計8,775,000元，堪認有據。被上訴人主張上訴人未繼續出資、未依系爭會議記錄2、3點履行違約在先，並依系爭會議記錄、協議書、支出證明單，主張以上訴人應給付之中榮太平間50%或90%營利、上訴人5%之股權及積欠之借款350萬元抵銷，則均屬無法證明。從而，上訴人請求被上訴人給付8,775,000元，及自起訴狀繕本送達翌日即99年9月11日起至清償日止按年息百分之5計算之利息，核屬有據，應予准許。原審未查，遽為上訴人敗訴判決，尚有未洽。上訴理由指摘原審不當，求予廢棄判改判，為有理由，應由本院予以廢棄，改判如主文第二項所示，並依兩造陳明，分別酌定相當供擔保金額，為准免假執行之宣告。

十一、本件因事證已臻明確，兩造其餘攻擊、防禦方法及所為舉證，經核與判決之結果不生影響，無庸逐一論述之必要，

併予敘明。

據上論結，本件上訴為有理由，依民事訴訟法第450條、第78條，判決如主文。

中　　華　　民　　國　　108　　年　　2　　月　　26　　日

民事第二庭　　審判長法　官　謝說容

法　官　張瑞蘭

法　官　葛永輝

以上正本係照原本作成。

如對本判決上訴，須於收受判決送達後20日內向本院提出上訴書狀，其未表明上訴理由者，應於提出上訴後20日內向本院提出上訴理由書（須按他造人數附具繕本）。

上訴時應提出委任律師為訴訟代理人之委任狀。具有民事訴訟法第466條之1第1項但書或第2項之情形為訴訟代理人者，另應附具律師及格證書及釋明委任人與受任人有該條項所定關係之釋明文書影本。

書記官　林振甫

中　　華　　民　　國　　108　　年　　2　　月　　26　　日

附表

匯款日期	匯款金額（新台幣）
95.04.12	2,775,000
95.04.12	1,000,000
95.05.11	1,000,000
95.06.14	1,000,000
95.07.10	1,000,000

（續上頁）

95.08.08	1,000,000
95.09.08	1,000,000